



Roj: **SAN 3116/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3116**

Id Cendoj: **28079230062022100377**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/06/2022**

Nº de Recurso: **340/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000340 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03654/2018

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: DÑA. ANA LLORENS PARDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **340/2018**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Llorens Pardo, que actúa en nombre y en representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente R/AJ/022/18 TELEFÓNICA de 10 de mayo de 2018, por la que se desestima el recurso interpuesto por Telefónica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 25 de enero de 2018, por los que se daba traslado de la propuesta de informe parcial de vigilancia relativo al reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista (temporada 2016/2017) a Telecable (Telecable de Asturias, S.A.U), Vodafone (Vodafone España, S.A.U y Vodafone Ono, S.A.U), Orange (Orange Espagne, S.A.U) y Obwan (Obwan Networks and Services, S.L)., en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- In terpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que:

"...dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

(i) Declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Consejo de la CNMC de 10 de mayo de 2018, por el que se desestimó el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra el acuerdo de la DC de 25 de enero de 2018, por el que se daba traslado de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia que contenía información confidencial relativa al reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista (temporada 2016/2017) a TELECABLE (Telecable de Asturias, S.A.U), VODAFONE (Vodafone España, S.A.U y Vodafone Ono, S.A.U), ORANGE (Orange Espagne, S.A.U) y OBWAN (Obwan Networks and Services, S.L.), en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, y por ende la Resolución final del Consejo de 11 de junio de 2019 que pone fin al expediente de vigilancia.

(ii) Ordene a la CNMC retrotraer las actuaciones al momento procesal en que la DC adoptó los citados Acuerdos de 25 de enero de 2018, por medio de los cuales dio traslado de la información confidencial de mi representada a los operadores en el expediente de vigilancia VC/0612/14."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Un a vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 15 de junio de 2022.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. M^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente R/AJ/022/18 TELEFÓNICA de 10 de mayo de 2018, por la que se desestima el recurso interpuesto por Telefónica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 25 de enero de 2018, por los que se daba traslado de la propuesta de informe parcial de vigilancia relativo al reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista (temporada 2016/2017) a Telecable (Telecable de Asturias, S.A.U), Vodafone (Vodafone España, S.A.U y Vodafone Ono, S.A.U), Orange (Orange Espagne, S.A.U) y Obwan (Obwan Networks and Services, S.L.), en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14.

SEGUNDO.- Co n el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

1. Con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó resolución autorizando la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS, pero subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica el 14 de abril de 2015. En el Anexo I de los compromisos presentados por Telefónica y recogidos en la Resolución de concentración, se especifican, entre otros, los principios y términos de la oferta de servicio mayorista de canales de televisión de pago.

2. En el resuelve cuarto de la Resolución autorizando la concentración se encomienda a la Dirección de Competencia de la CNMC la vigilancia de lo establecido en la citada Resolución de conformidad con el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dando lugar a la apertura del expediente de vigilancia VC/0612/14.

3. Con fecha 11 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia (DC) C emitió una primera propuesta de informe parcial de vigilancia en relación con la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de futbol de la oferta mayorista de este operador.

4. Con fecha 6 de junio de 2016, la representación de TELEFÓNICA interpuso recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra los acuerdos de la DC de 11 de mayo de 2016, por los que se daba traslado de la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a los operadores MEDIAPRO, ORANGE,

VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE, relativa al cálculo por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado repercutido a cada operador de los canales de fútbol de su oferta mayorista.

El anterior recurso fue desestimado por Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 21 de julio de 2016, confirmada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de fecha 30 de mayo de 2022, dictada en el Procedimiento Ordinario tramitado con el número 507/2016.

5. Con fecha 24 de enero de 2018, la DC remitió telemáticamente a TELEFÓNICA una nueva propuesta de informe parcial de vigilancia correspondiente al reparto del coste mínimo garantizado realizado de los canales de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista, para que formulase alegaciones o propusiese la práctica de las pruebas que considerase pertinentes en relación con la misma.

6. Con fecha 25 de enero de 2018, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, la DC remitió telemáticamente requerimiento a Telecable de Asturias, S.A. (TELECABLE), Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE), Orange Espagne, S.A.U. (ORANGE) y Obwan Networks and Services, S.L. (OBWAN), en los que se les solicita observaciones en relación con la versión no confidencial (ajustada a cada operador) de la propuesta de informe parcial de vigilancia, dado que han sido demandantes de los canales de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista de TELEFÓNICA.

7. Con fecha 14 de febrero de 2018, tuvo entrada en la CNMC recurso de TELEFÓNICA contra los requerimientos de información de la DC de 25 de enero de 2018.

8. Con fecha 14 de febrero de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.

9. Con fecha 20 de febrero de 2018, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso en el que considera que procede la desestimación del recurso, en la medida en que los actos recurridos no han otorgado la condición de interesado a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN en el expediente VC/0612/14 ni contravienen el procedimiento establecido y tampoco han desvelado a estos operadores secretos comerciales de TELEFÓNICA que deban prevalecer por encima de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

10.- El 23 de febrero de 2018 TELEFÓNICA presentó alegaciones a la propuesta de IPV incluyendo dos versiones. En la versión no confidencial aportada por TELEFÓNICA en la alegación tercera, primer párrafo, solicita que se declare confidencial la cita de los costes de producción de los canales de motor de la oferta mayorista que se recoge en el párrafo 179 de la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018.

11.- El 28 de febrero de 2018, la DC dictó acuerdo de denegación parcial de la confidencialidad relativa a la alegación tercera, primer párrafo, del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de 23 de febrero de 2018.

10. Con fecha 1 de marzo de 2018, la Sala de Competencia acordó (i) admitir a trámite el recurso de TELEFÓNICA contra los requerimientos de información de la DC de 25 de enero de 2018, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones (ii) denegar la suspensión provisional solicitada, así como la petición subsidiaria consistente en la devolución de las observaciones que se hayan podido formular por los operadores, al entender que no se dan las circunstancias de perjuicio irreparable que justificaría tal medida.

11. Con fecha 21 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.

12. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 10 de mayo de 2018, dictando la resolución recurrida en el presente recurso.

TERCERO.- TELEFÓNICA en su escrito de demanda solicita la anulación de la resolución impugnada.

En primer lugar que los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 25 de enero de 2018 son nulos de pleno derecho conforme al artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al prescindir del procedimiento legalmente establecido en el artículo 42.3 del RDC, que solo permite el traslado de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia a los interesados y, que, sin embargo, en el caso ahora enjuiciado, la DC ha trasladado la propuesta de informe parcial de vigilancia a unos operadores (TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN) que no ostentan la condición de interesado en el expediente de vigilancia, ocasionando indefensión a Telefónica.

Argumenta que la Resolución Impugnada deviene nula de pleno derecho dado que confirma unos actos que son nulos de pleno derecho, en base a los siguientes motivos:



(i) La información suministrada a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN no es una información pública ni conocida por los competidores de Telefónica, por lo que debe ser calificada como sensible y de carácter estrictamente confidencial y, por tanto, no puede ser revelada por la DC a unos operadores que carecen de la condición de parte interesada en el expediente.

(ii) Los Acuerdos impugnados de 25 de mayo de 2018 le ha ocasionado una indefensión jurídica material en el procedimiento porque no se ha dado trámite a TELEFÓNICA para poder rebatir o formular alegaciones respecto a las observaciones formuladas por los operadores respecto a la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia.

(iii) Los acuerdos impugnados vulneran el principio de proporcionalidad por cuanto la Dirección de Competencia pudo utilizar otras vías menos agresivas para la recurrente.

Subsidiariamente a lo anterior, se opone que la resolución impugnada es anulable como consecuencia de la incongruencia existente entre los Fundamentos de Derechos y el Resuelve de la Resolución impugnada, que rompe la lógica relación entre los hechos y los efectos jurídicos creados para ellos, es evidente. A tal efecto se argumenta que la CNMC indica que TELEFÓNICA ha revelado el dato más sensible, habiendo publicado el coste global (sin detalle) asociado a su contrato con la Liga Nacional de Fútbol Profesional para adquirir la exclusiva de los derechos de emisión en España en TV de pago de partidos de Liga de 1ª y 2ª división y Copa en la temporada 2015/2016 y que los operadores podrían estimar cuáles son los costes de producción de los canales, así como el valor asignado por TELEFÓNICA a los derechos de la primera y la segunda división de fútbol, cuando la realidad es que el presente procedimiento versa sobre el traslado por parte de la CNMC de información confidencial de la segunda oferta mayorista relativo a los canales de fútbol y motor de segunda oferta mayorista, es decir temporada 2016/2017 y no sobre información confidencial trasladada a los operadores en la temporada 2015/2016 en la primera oferta mayorista.

Añade que en ningún momento TELEFÓNICA ha desvelado públicamente información sobre el detalle de los ingresos de publicidad, los costes de producción, edición y personal que deben ser imputados a cada canal de fútbol o motor de la oferta mayorista de TELEFÓNICA en la temporada 2016/2017.

CUARTO. - Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, debemos recordar que el artículo 47 de la LDC que regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la Autoridad de Competencia, dispone que:

"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días".

La resolución impugnada en este proceso, como ya hemos indicado, desestima el recurso administrativo previsto en el artículo 47 de la LDC que la mercantil recurrente había interpuesto contra los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 25 de enero de 2018 en cuanto que habían dado traslado a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN de una versión no confidencial de la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia relativa al expediente VC/0612/14. Y se desestima porque, según refiere la CNMC, no concurren los requisitos exigidos en el artículo 47 de la LDC ya que no se han ocasionado ni perjuicios irreparables a los derechos e intereses legítimos de la recurrente ni tampoco se le ha vulnerado su derecho de defensa.

QUINTO.- Co mo advertíamos en la relación de hechos relevantes que esta Sala ha resuelto en la SAN de 30 de mayo de 2022, recurso 507/2016, una pretensión análoga de TELEFÓNICA, que dirigió con la resolución de 21 de julio de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que desestimaba el recurso que la recurrente había interpuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra los Acuerdos de la Dirección de Competencia dictados en fecha 11 de mayo de 2016 en el expediente de vigilancia VC/0612/14 por los que se acordó dar traslado de la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U., ORANGE ESPAGNE, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., OPEN CABLE TELECOMUNICACIONES, S.L. y TELECABLE ASTURIAS, S.A. en relación con el cálculo efectuado por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado repercutido a cada operador de los canales de fútbol de su oferta mayorista.

La única diferencia con la anterior es que en el presente recurso también se denegó la confidencialidad respecto de la información relativa a los canales del motor (Fórmula 1 o Moto GP); sin embargo, tanto la disputa, el razonar de la Administración y las quejas de la actora son, esencialmente, coincidentes. Por ello, no hay razón alguna que justifique ahora que nos apartemos de lo que ya hemos dicho, bastando con la remisión a lo ya resuelto para dar respuesta al presente recurso.

Decíamos en la citada sentencia que.



«(...) CUARTO. En primer lugar, la recurrente sostiene que los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016 le han causado perjuicios que son irreparables en la medida en que se ha dado traslado a diversos operadores, que no pueden tener la consideración de interesados en un procedimiento de vigilancia, de la versión no confidencial de la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia en la que se contenían datos confidenciales y secretos comerciales de la recurrente, tales como costes de producción imputados a cada canal mayorista así como los ingresos obtenidos por publicidad derivados de la comercialización de las dos ofertas mayoristas. Datos que, al no ser públicos, llevan a la recurrente a concluir que la información facilitada en la propuesta de informe parcial de vigilancia constituía secreto comercial de carácter confidencial en cuanto que se trataba de una información relativa a la estructura de costes de la empresa que no es pública ni es conocida por terceros operadores. Y, además, considera que se ha revelado información confidencial de Telefónica a operadores que no son parte interesada en el expediente de vigilancia en perjuicio de sus derechos e intereses y ello le ha causado un perjuicio irreparable al debilitar su posición competitiva o desvelar su posición negociadora e, incluso, ha reducido indebidamente la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo.

Frente a esa argumentación, la CNMC considera que no se le han ocasionado perjuicios irreparables, diciendo: "La DC ha justificado en detalle en su informe cómo en la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia no hay ningún dato que constituya secreto comercial de TELEFÓNICA, especialmente teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean al sistema de cálculo de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

En efecto, el coste asociado al contrato de TELEFÓNICA con la Liga Nacional de Fútbol Profesional para adquirir la exclusiva de los derechos de emisión en España en televisión de pago de partidos de Liga de primera y segunda división y Copa de S.M. el Rey de fútbol en la temporada 2015/2016, ha sido revelado por la propia TELEFÓNICA. A su vez, los criterios de reparto del coste mínimo garantizado son públicos y los datos de cuota de mercado de televisión de pago y banda ancha fija son publicados trimestralmente de forma desagregada para los principales operadores por la CNMC. De esta manera, cada operador podía estimar con elevada certeza cuál es el valor de los costes mínimos garantizados, tanto en términos totales para cada canal como para cada operador, extrapolando, a partir de los costes mínimos garantizados que le ha asignado TELEFÓNICA para cada canal, su cuota y la de sus competidores derivada de los criterios de reparto. Adicionalmente, comparando el valor total que derivaba de sus cálculos con el coste antes mencionado publicado por TELEFÓNICA, los operadores están en posición de estimar cuáles son los costes de producción de los canales, así como el valor asignado por TELEFÓNICA a los derechos de segunda división de fútbol. Se da la circunstancia de que las posibles diferencias en los cálculos de los operadores con la realidad tienen su origen precisamente en la sospechada aplicación inadecuada por parte de TELEFÓNICA de los criterios de cálculo y reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de su oferta mayorista". Y la CNMC concluye: "No puede acogerse, por tanto, la pretensión de TELEFÓNICA relativa a que los Acuerdos recurridos han debilitado su posición competitiva al desvelar su estrategia negociadora y reducir la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo. A la vista de lo anterior, esta Sala concluye que los Acuerdos de la DC recurridos constituyen un acto debido para el órgano de instrucción en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, necesario para el correcto desarrollo de las funciones de la DC, y que no es un acto per se susceptible de haber producido el perjuicio irreparable alegado por TELEFÓNICA".

Esta Sala no comparte los argumentos de la recurrente y anticipa que los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016 impugnados no le han causado perjuicios irreparables como así se exige en el artículo 47 de la LDC para estimar el recurso que contra dichos Acuerdos había interpuesto. No es cierto que la Dirección de Competencia al dictar los Acuerdos de 11 de mayo de 2016 haya considerado a los operadores que adquirieron los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica como partes interesadas en el procedimiento de vigilancia en el que exclusivamente se persigue comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS y que únicamente afecta a la entidad que está obligada a su cumplimiento, como es Telefónica. Tal como se recoge en los Acuerdos de 11 de mayo de 2016 se comunica a los operadores adquirentes de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica que efectúen observaciones respecto de la versión no confidencial de la propuesta de Informe parcial de vigilancia relativo al expediente VC/0612/14 en cumplimiento de la obligación de colaboración exigida a todas las personas prevista en el artículo 39.1 de la LDC en el que se dice: "Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley". Colaboración que, en ningún caso, implica que se adquiera la condición de parte interesada en un procedimiento cuando, además, en esa colaboración solo se les ha pedido que efectúen observaciones ya que no se les ha dado la oportunidad de solicitar la realización de pruebas ni han tenido acceso al expediente administrativo. Observaciones que, además, eran en relación con un aspecto muy concreto como era con los cálculos realizados por Telefónica para determinar el coste mínimo garantizado que cada operador debía abonar por la adquisición

de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica en la temporada 2015/2016 que se correspondía con la oferta mayorista "Abono Fútbol" denominado comercialmente Canal+Liga y la oferta mayorista "Abono Fútbol 1" denominado comercialmente Canal+ Partidazo. Y la DC justificó esa colaboración indicando que "...teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones suscitadas y la interrelación entre todos los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica, a la vista, además, de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen esta oferta mayorista".

Además, ese traslado a los operadores para que hicieran observaciones tiene aún más sentido cuando, como es el caso, la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia ponía de manifiesto que Telefónica había aplicado de manera incorrecta los criterios de cálculo y de reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista.

QUINTO. Asimismo, la recurrente indica que los Acuerdos impugnados de 11 de mayo de 2016 le han ocasionado perjuicios irreparables por cuanto que se ha dado traslado a los operadores adquirentes de los canales de fútbol de datos que, según dice, son confidenciales y son secretos comerciales de la recurrente cuyo conocimiento por parte de los operadores perjudica la capacidad competitiva de Telefónica.

La recurrente para alcanzar esa conclusión recoge en su escrito de demanda el complejo sistema para determinar el coste mínimo garantizado, así como el procedimiento para su cálculo y como luego se distribuye entre los distintos operadores de televisión de pago. En este sentido, expone que el coste mínimo garantizado se calcula con el fin de compartir el riesgo que asume Telefónica en la adquisición de los derechos de emisión exclusiva en España de contenidos audiovisuales de terceros, en este expediente de vigilancia de fútbol de los canales ofertados a nivel mayorista, y a la vez evitar generar una exclusión de facto en el acceso al canal por parte de los operadores de televisión de pago más pequeños o nuevos entrantes. El Anexo I (apartado 1.1.a) de los compromisos de Telefónica contenidos en la Resolución de autorizando la operación de concentración establece la forma en que deberá realizarse el cálculo del coste mínimo garantizado aplicable a la contratación de determinados canales de televisión de pago de la oferta mayorista de Telefónica. Y para el cálculo del coste mínimo garantizado debían tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1. Telefónica está obligada a configurar una oferta mayorista de canales de televisión con contenido premium, y a poner esta oferta a disposición de los operadores de televisión de pago que quieran comercializar dichos canales a sus abonados. 2. El precio de la oferta mayorista de Telefónica se determina en función del tipo de canal.

3. En lo que aquí interesa, el precio de los canales de fútbol se basa en la suma de dos conceptos: el coste mínimo garantizado y el precio variable por abonado final.

4. Para calcular el coste mínimo garantizado, será necesario sumar la parte fija del coste de adquisición de los derechos de emisión en exclusiva de los contenidos (eventos deportivos) que se incluyen en el canal, y de los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista que se devenguen en cada temporada en relación con los eventos deportivos incluidos en el canal, lo que arrojará un coste fijo.

5. El coste mínimo garantizado será el que resulte de repartir este coste fijo entre Telefónica y todos los demás operadores de televisión de pago que acepten la oferta mayorista, sobre la base de tres parámetros de cálculo:

- La cuota de abonados recurrentes de televisión de pago (75% del coste mínimo garantizado).

- La cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (20% del coste mínimo garantizado).

- La cuota de accesos de televisión de pago potenciales (5% del coste mínimo garantizado).

Y, según expone la recurrente, cuando la DC ha dado traslado a los operadores para efectuar observaciones en relación con la determinación del coste mínimo garantizado, les ha proporcionado datos que son confidenciales y secretos comerciales cuyo conocimiento por parte de los operadores perjudica la capacidad competitiva de Telefónica. Datos confidenciales que concreta señalando que, en la versión no confidencial de la propuesta del informe parcial de vigilancia, se entregaron a los operadores dos cuadros que contienen, a su juicio, datos que no son públicos tales como: (i) en el acuerdo suscrito con la Liga Nacional de Fútbol Profesional se determina de forma pública que Telefónica debía abonar un total de 600 millones de euros, pero en el mismo no se recogía un desglose pormenorizado de los costes imputables a cada uno de los canales mayoristas - Canal + Liga y Canal+ Partidazo- que si se especifican en el cuadro mientras que, según refiere Telefónica, el reparto de los costes de adquisición a imputar a cada canal mayorista se ajustaba a unos criterios internos de Telefónica que no eran públicos; (ii) además, ese cuadro contiene un desglose relativo a los derechos de emisión en exclusiva, a los costes de producción comunes y a los ingresos estimados por publicidad obtenidos por Telefónica en la comercialización de estos dos canales mayoristas que responde a un desglose realizado por ella y que se ha



facilitado a la CNMC en el marco del expediente de vigilancia pero que no son públicos. Y por ello, concluye, que, en definitiva, la información que ha revelado la DC de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia constituye un secreto comercial de carácter confidencial, en tanto y cuanto supone, a su juicio, una información relativa a la estructura de costes y de ingresos por publicidad de la empresa que no es pública y que no tiene por qué conocerse por terceros operadores.

Esta Sala no comparte las alegaciones de Telefónica ya que entendemos que no puede calificarse como de información estratégica la remitida a los operadores por parte de la DC a través de los cuadros que se incluían en la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a los operadores por cuanto que, no permitía conocer a los operadores cuáles eran las estrategias de mercado de Telefónica ya que los datos económicos proporcionados a los operadores eran datos que se limitaban a fijar una cuantía económica de forma conjunta y global sin que, en ningún caso, se estuviera ante cifras de negocio desagregadas que permitieran a los operadores conocer que clientes concretos permitían a Telefónica los ingresos de publicidad, ni cual era el precio que abonaban ni tampoco cual era el concepto que se incluía en los costes de producción. Todos los datos económicos proporcionados a los operadores eran datos que reflejaban cuantías totales y en conjunto y sin ninguna especificación ni individualización. Para calificar una información con el carácter de estratégica podemos acudir como referencia a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011). Y en esas Directrices se considera información estratégica cuando se habla de precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Y nada de esto consta en los cuadros proporcionados por la DC a los operadores.

SEXO. Asimismo, la entidad recurrente sostiene que el Acuerdo de la DC de 11 de mayo de 2016 le ha ocasionado indefensión por cuanto que no se le ha dado traslado de las observaciones efectuadas por los operadores. Es esta una alegación de indefensión que no puede dirigirse contra el Acuerdo de 11 de mayo de 2016 en cuanto que este se ha limitado a requerir a los operadores que hagan observaciones. Lo sucedido después no afecta ya al acto ahora impugnado, sin perjuicio de que pueda invocarse contra la resolución que ponga fin al expediente de vigilancia si así lo entendiera oportuno.

Finalmente, justifica la estimación del recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC alegando que el Acuerdo impugnado dictado en fecha 11 de mayo de 2016 vulnera el principio de proporcionalidad por cuanto, según refiere, la DC pudo utilizar otras vías menos agresivas para la recurrente. En este sentido compartimos los razonamientos de la CNMC cuando afirma: "Esta Sala, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, entiende que la DC realiza una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en los Acuerdos recurridos.

Efectivamente, como señala la DC, dada la complejidad de las cuestiones suscitadas y las interrelaciones entre todos los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, a la vista además de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen esa oferta mayorista, la remisión a los operadores demandantes de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA de una versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia para recabar sus observaciones era una forma apropiada de conocer la opinión sobre las cuestiones suscitadas. Coincide asimismo esta Sala de Competencia con el órgano de instrucción en señalar que la previsión del artículo 71.1 del RDC otorga intencionadamente a la DC un amplio margen de apreciación a la hora de valorar y desarrollar las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ámbito de control de concentraciones.

Teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones suscitadas en la propuesta de informe parcial de vigilancia del expediente de referencia, y la condición de terceros directamente implicados en las cuestiones objeto de tal informe parcial de vigilancia de MEDIAPRO, ORANGE, VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE, esta Sala de Competencia juzga perfectamente proporcionados los Acuerdos que, acompañando una versión no confidencial de tal informe parcial de vigilancia, requieren de observaciones a los precitados operadores terceros, concediéndoles a tal efecto un plazo ampliado de 15 días.

MEDIAPRO, ORANGE, VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE pueden verse claramente afectados por los distintos aspectos vinculados a los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador y la opinión de los mismos es claramente significativa para la debida vigilancia de objeto del expediente VC/0612/14". [...]

SEXO. - Co mo decimos, el criterio ya fijado por esta Sala nos conduce la desestimación del recurso . La única diferencia con el recurso resuelto por la Sentencia que acabamos de transcribir radica en que en el



ahora resuelto, la Dirección de Competencia solicitó observaciones en relación con la versión no confidencial (ajustada a cada operador) de la propuesta de informe parcial de vigilancia, por haber sido demandantes de los canales de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista de TELEFÓNICA.

Dicho esto, cumple manifestar que no apreciamos incongruencia en la resolución recurrida por el hecho de que en ella se recoja que "TELEFONICA ha revelado el dato más sensible, habiendo publicado el coste global (sin detalle) asociado a su contrato con la Liga Nacional de Fútbol Profesional para adquirir la exclusiva de los derechos de emisión en España en TV de pago de partidos de Liga de 1ª y 2ª división y Copa en la temporada 2015/2016". Lo decisivo es que, en este caso también resulta coherente y razonable que las operadoras requeridas conozcan la cifra final de los costes de producción de los canales de fútbol y/o motor cuyos costes comparten con TELEFÓNICA, y respetan los principios de equidad, transparencia y no discriminación previstos en los compromisos que especifican que el cálculo del coste mínimo garantizado a los canales de motor para TELEFÓNICA.

En cuanto al contenido de la información no ha quedado acreditado por la actora que fuera especialmente sensible, puesto que los criterios de reparto del coste mínimo garantizado son públicos, y los datos del número de abonados a la televisión de pago y de acceso de banda ancha por tecnología y operador tampoco son confidenciales, puesto que la CNMC los publica trimestralmente de forma desagregada.

SÉPTIMO. - La remisión que hacemos y los anteriores razonamientos nos llevan a la integra desestimación del recurso, con expresa condena en costas la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Llorens Pardo, que actúa en nombre y en representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente R/AJ/022/18 TELEFÓNICA de 10 de mayo de 2018, por la que se desestima el recurso interpuesto por Telefónica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 25 de enero de 2018, por los que se daba traslado de la propuesta de informe parcial de vigilancia relativo al reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista (temporada 2016/2017) a Telecable (Telecable de Asturias, S.A.U), Vodafone (Vodafone España, S.A.U y Vodafone Ono, S.A.U), Orange (Orange Espagne, S.A.U) y Obwan (Obwan Networks and Services, S.L.), en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, con expresa condena en costas a la demandante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.